

# Lavagem de dinheiro: algumas considerações sobre novas abordagens



## Theophilo Antonio Miguel Filho

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Processual Civil e Direito Sanitário pela Universidade de Brasília, Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado), Presidente da Comissão de Direito Internacional da EMARF/TRF2, possui Curso de Extensão em Propriedade Intelectual pela PUC/RJ e é Juiz Federal Titular da 24ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

**Palavras-chave:** lavagem de dinheiro. Conceito. Aparência lícita ao capital ilícito. Breve histórico. Brasil. Lei nº 9.613/98. Lei nº 12.683/2012. Nova redação. Alegação de inconstitucionalidade do art. 17-B. Direito à intimidade. Privacidade. Quebra de sigilo sem autorização judicial. Flexibilização. Stj analisa mandado de segurança da google do brasil questionando quebra de sigilo. Hipóteses sem regulamentação. Cartas circulares do banco central. Economia x normas penais. Teoria “cegueira deliberada”. Importação pelo stf. Ação penal nº 470. Mensalão. Inovações e consequências práticas. Conclusão: combate ao crime de lavagem sem prejuízo de direitos e garantias constitucionais.

**Resumo:** lavagem de dinheiro. Conceito. Aparência lícita ao capital ilícito. Breve histórico. Brasil. Lei nº 9.613/98. Lei nº 12.683/2012. Nova redação. Alegação de inconstitucionalidade do art. 17-B. Direito à intimidade. Privacidade. Quebra de sigilo sem autorização judicial. Flexibilização. Stj analisa mandado de segurança da google do brasil questionando quebra de sigilo. Hipóteses sem regulamentação. Cartas circulares do banco central. Economia x normas penais. Teoria “cegueira deliberada”. Importação pelo stf. Ação penal nº 470. Mensalão. Inovações e consequências práticas. Conclusão: combate ao crime de lavagem sem prejuízo de direitos e garantias constitucionais.

Embora não haja um padrão conceitual uníssono na doutrina, a essência não diverge: lavagem de dinheiro é, em poucas palavras, um procedimento que tem por objetivo dar aparência lícita ao capital que ilicitamente foi concebido.

A tradição jurídica costuma definir a lavagem como aquele conjunto de

operações feitas para integrar ao sistema econômico e financeiro os valores, bens e direitos obtidos por meio de práticas criminosas, mascarando, ou, para usar expressão mais atual, “maquiando” o berço ilícito do capital.

Foram os Estados Unidos e a Itália as primeiras nações a criminalizar essa conduta, por conta das organizações criminosas formadas pelos gangsters e mafiosos, respectivamente. Mais tarde, relacionando a lavagem à macrodelinquência econômica, a Convenção de Viena (1988) a configurou internacionalmente. O Brasil, como consequência de ser signatário daquela Convenção Internacional, aprovou a Lei 9.613, em 1998, tipificando o crime de lavagem de dinheiro, para facilitar o combate às atividades das organizações criminosas.

Recentemente, nosso ordenamento jurídico recebeu a Lei 12.683, aprovada em 9 de julho de 2012, que revogou os crimes considerados necessários para que houvesse a condenação por lavagem de dinheiro e, desde então, consideram-se antecedentes todos os crimes previstos no Código Penal.

A tipificação do branqueamento de capitais, expressão lusitana para esse crime, envolve várias questões delicadas, do ponto de vista jurídico-penal, como, a própria definição de seus elementos constitutivos, o bem jurídico legal a ser protegido, a figura do concurso de normas etc.

Em razão dessas dificuldades, a nova redação dada pela lei recém-admitida no nosso Direito, a 12.683/2012, tem enfrentado muitas críticas. Mais: tem sofrido, inclusive, alegações de inconstitucionalidade de algumas de suas normas, como acontece com aquela inserida no art. 17-B.

É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4906, que tramita no STF, cujo relator é o ministro Celso de Mello. A ADI foi ajuizada pela Associação Brasileira de Concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (Abrafix), tendo por objeto a norma contida no referido dispositivo da nova lei que, sem prévia autorização judicial, permite que o Ministério Público e autoridades policiais acessem dados cadastrais de pessoas sob investigação mantidos pela Justiça Eleitoral, instituições financeiras, administradoras de cartão de crédito, provedores de internet e empresas telefônicas. Questiona-se, nessa demanda, a submissão das associadas (operadoras de serviços de telefonia) ao cumprimento de obrigação que seria, segundo a Associação, manifestamente ilegal, já que desconforme com a norma extraída do art.

5, X, da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, sob pena, inclusive, de se ter de reparar, via indenização, eventuais danos materiais ou morais sofridos em virtude da violação do comando constitucional.

Segundo a entidade, ao cumprir essa nova determinação legal, as empresas estariam invadindo a esfera de proteção das pessoas, como no caso do consumidor de serviços de telecomunicações. Alega que esses direitos (à privacidade e à intimidade) não podem ser excetuados sem que passem pelo criterioso crivo do Judiciário, detentor do poder-dever de analisar e julgar os casos concretos, bem como não se pode transferir esse mesmo poder-dever ao Ministério Público nem às autoridades policiais. Acrescenta que somente o órgão investido de jurisdição tem condições de, em virtude de sua imparcialidade e equidistância, proceder ao exame da situação fática, identificando se é ou não caso de flexibilizar o direito assegurado. Corroborando sua tese, a demandante cita as palavras do relator, ministro Celso de Mello, para quem “é imprescindível a existência de justa causa provável, vale dizer, de fundada suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público, a ser verificada em cada caso individual, à luz dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade”. Assevera ainda que a medida determinada pela norma combatida daria ao Ministério Público e às autoridades policiais acesso a dados de indivíduos investigados por esses órgãos, que, justamente pela posição que ocupam, “têm, muito estranhamente, restrições em submeter a medida ao prudente crivo do Judiciário”.

Também segundo a Associação, essa mesma norma objeto da ADI violaria ainda o conteúdo de alguns dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), da Lei 10.073/2003 e da Resolução 426/2005, da Agência Nacional de Telecomunicações. Em todas elas, aparece o valor do direito à privacidade, ao sigilo e à intimidade a ser resguardado, de modo que somente por autorização judicial se possa ter acesso aos documentos, dados e informações pessoais dos usuários.

Como consequência dessas alegações, a Associação Brasileira de Concessionária de Serviço Telefônico Fixo Comutado apresentou pedido ao STF, requerendo a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos

da norma observada no dispositivo apontado (art. 17-B da Lei 9.613/1998) e a declaração de sua inconstitucionalidade.

Veja-se que, no nosso ordenamento jurídico, a Lei de Lavagem de Dinheiro foi a primeira a trazer expressamente a possibilidade de se alcançarem dados cobertos pela proteção constitucional e legal, sem a autorização do órgão judicante, segundo o teor do artigo 17-B, objeto da ADI.

Mesmo assim, essa flexibilização e a abrangência do que se consideraria dado cadastral preocupam os operadores do Direito. Primeiro, porque a quebra de sigilo, por si só, já não é vista com bons olhos. Desconectada da autorização judicial, soa ainda mais preocupante. Depois, porque, por exemplo, não se sabe se a identificação pessoal, ou senha do usuário, no caso dos usuários de provedores de internet, também se incluiria nesse vasto campo de dados cadastrais.

Interessante, sobre o tema, a decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Questão de Ordem em Inquérito, que condenou a Google do Brasil a quebrar o sigilo de e-mails de usuário investigado por lavagem de dinheiro, dentre outros crimes. Ocorre que, segundo as regras da matriz da Google, com sede nos Estados Unidos, tais dados não são passíveis de divulgação por sua filial, pois as leis norte-americanas vedam a quebra de sigilo dessas informações.

A alternativa diplomática foi uma solução que a empresa apresentou para que as informações fossem obtidas através de um acordo de assistência judiciária (Decreto 3.810/2001), mantido entre os dois países em matéria criminal.

Um outro ponto trazido pela filial brasileira é que ela e a matriz possuem personalidades jurídicas distintas, portanto não compartilham bancos de dados, o que inviabilizaria o cumprimento da decisão judicial. A Google do Brasil enumera ainda os casos em que a legislação americana poderia permitir a quebra do sigilo dos dados: perda de vida ou graves danos físicos a terceiros.

Laurita Vaz, ministra relatora desse caso polêmico, que mostra bem a importância do tema, afirmou que “o que se pretende é a entrega de mensagens remetidas e recebidas por brasileiros em território nacional, envolvendo supostos crimes submetidos indubitavelmente à jurisdição brasileira”. Segundo ela, o recurso diplomático não deve ser considerado como argumento



válido, porque a determinação judicial pode ser cumprida no nosso território, já que o fato de as informações estarem armazenadas em outro país não tem o condão de torná-las material de prova estrangeiro. A constituição da filial brasileira se deu sob normas pátrias, o que a impede de recorrer às leis americanas para deixar de fazer aquilo que determina nosso Judiciário. Para a ministra, o cumprimento é possível, portanto, desde que haja boa vontade da empresa, uma vez que é sabido não ser o caso de impossibilidade técnica.

O entendimento da relatora foi acompanhado pela maioria do colegiado, que compartilhou o raciocínio da ministra ao explanar que não seria justo uma empresa se estabelecer em nosso território, explorar economicamente o serviço de correio por internet, mas se esquivar de cumprir as leis do país onde se constituiu.

Por seu turno, o Ministério Público Federal afirmou, como responsável pelo Inquérito (784/DF) e autor da Questão de Ordem, que a entrega dos dados transmitidos entre as unidades pertencentes ao mesmo grupo de empresas, exclusivamente à autoridade judicial, não viola a soberania do Estado norte-americano.

Por unanimidade, os ministros rejeitaram os Embargos de Declaração interpostos. Ainda está sendo analisado pelo STJ o Mandado de Segurança impetrado pela Google do Brasil questionando a quebra de sigilo. O relator é o Ministro Arnaldo Esteves Lima. A empresa vem buscando outros recursos contra a decisão.

Várias são as áreas da ciência jurídica que se integram quando a questão é a proteção dos dados veiculados pela internet. Por exemplo, na seara penal, essas informações podem ser muito úteis para a segurança da vítima, ou para se incluir no arcabouço probatório. É esse o motivo que leva os investigadores a buscarem cada vez mais vias de acesso aos dados ali mantidos, enquanto as leis, a jurisprudência e a doutrina vão ensaiando limites, parâmetros, sinalizando onde e de que forma é permitida a captura desse tipo de prova.

Na prática, e não tendo ainda regulamentação que abranja todas ou, pelo menos, a maioria das hipóteses, as empresas desse novo universo virtual costumam seguir um dos dois caminhos: resguardar os dados até que haja autorização judicial, ou liberá-los, mesmo sem o mandado.

Muitas dessas empresas estão sediadas nos Estados Unidos, onde há um projeto de lei para que as agências de Inteligência possam solicitar informações aos provedores de internet e serviços telecomunicações. O Cyber Intelligence and Protect Act divide a opinião dos parlamentares, justamente porque a ideia de se ter acesso aos dados virtuais sem o amparo dos tribunais é vista com reservas. A proposta, se aprovada, deixará desprotegidos os dados informáticos dos usuários ao redor do mundo.

Gustavo Henrique Badaró, livre-docente em Direito Processual Penal (USP), para quem a produção de provas através do meio digital ainda gera muitas dúvidas, afirmou que a questão vai muito além: “Postagens nas redes sociais e até dados de localizadores de veículos são requisitados para ajudar nas investigações e julgamentos”.

Considerando-se o crime de lavagem de dinheiro e suas interligações com o narcotráfico, crime organizado, terrorismo e outras práticas que tomam uma dimensão internacional, passando pela globalização do mercado financeiro com seus bancos internacionais e paraísos fiscais, as novas tecnologias dos meios de comunicação são um meio muito eficaz de combate a esses delitos. Por causa dessa internacionalização é que a recente atuação brasileira no campo legislativo, abarcando também a lavagem, vem sendo aplaudida por investidores internacionais.

Duas novas Cartas Circulares do Banco Central (3.653/2013 e 3.654/2013) entraram em vigor, procurando implementar as novidades trazidas pela Lei 12.683/2012. Basicamente, elas buscaram alinhar o nosso sistema penal de combate à lavagem de dinheiro às recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (Gafi), organismo intergovernamental que tem por objetivo promover estratégias contra a lavagem e o financiamento do terrorismo.

Contudo, os economistas nem sempre analisam essas inovações sob o ponto de vista penal, o que é absolutamente necessário para que não haja conflito com seus importantíssimos princípios basilares. Esse perigoso descompasso corre o risco de acontecer, caso se pretenda obedecer cegamente às recomendações de organismos importantes, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, além do próprio Gafi.

Essas circulares trouxeram inovações regulamentares importantes, como o dever de comunicação prévia, com prazo mínimo de um dia útil, de opera-

ções cujos valores sejam iguais ou superiores a 100 mil reais; especialização do sistema de controle de dados cadastrais de pessoas físicas e jurídicas etc. A ideia geral é recrudescer as medidas preventivas, mas a sensação de impunidade não advém somente da absolvição ou da não condenação. Ela é fruto também de normas que não facilitam a aplicação da lei.

Uma outra questão muito debatida é a importação, para o campo penal, da teoria americana da “cegueira deliberada”, apontada como a grande inovação que o Supremo Tribunal Federal trouxe no caso do mensalão, segundo a qual é possível condenar o réu que desconsidera deliberadamente a origem inegavelmente ilícita do dinheiro.

A primeira vez que essa teoria foi utilizada em nosso país foi quando do julgamento, pela Justiça Federal de dois empresários de Fortaleza acusados de lavagem de dinheiro ligado ao maior assalto a banco da nossa história. O magistrado entendeu que os acusados, embora não houvessem participado diretamente do crime, não poderiam desconhecer a origem ilícita do dinheiro. O TRF da 5ª absolveu os réus, entendendo que adotar a tese da “cegueira deliberada” seria equivalente a admitir a responsabilidade objetiva, o que não é possível, salvo nos casos de crime ambiental, no nosso ordenamento jurídico.

De fato, essa teoria, muito flexível quanto ao conjunto probatório trazido aos autos para justificar a condenação, aproxima-se consideravelmente da responsabilidade objetiva, que dispensa a prova de dolo ou culpa e que só tem vez, no direito pátrio, na excepcionalidade apontada.

No caso da Ação Penal nº 470 (STF), o tema permeou os debates e alcançou o Acórdão. O voto condutor do ministro relator mencionou expressamente a teoria controversa:

“O direito comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (1) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham



de crime, (2) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (3) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa”; “Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão na ‘Sentencia 22/2005’, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no direito brasileiro”.

A crítica maior que se faz à adoção desse novo entendimento esposado pelo Supremo é a insegurança gerada ao se erigir indício à condição de prova, podendo resultar em uma decisão discutível, que toma a verdade suficiente por verdade real. É essa a causa de tanta controvérsia sobre essa teoria, mesmo nos Estados Unidos, onde ela se originou, como na Europa, onde se propagou.

Ora, se alhures a aceitação da tese está longe de ser pacífica, aqui, no Brasil, a ideia de eventuais condenações baseadas em mera probabilidade não se coaduna com os valores constitucionais abraçados. Tanto é assim, que, durante o julgamento do mensalão, o ministro Marco Aurélio Mello exprimiu sua preocupação:

“Preocupa-me sobremaneira o diapasão que se está dando ao tipo lavagem de dinheiro”; [...] “Assusta-me brandir que, no caso da lavagem de dinheiro, contenta-se o ordenamento jurídico com o dolo eventual”. O ministro Gilmar Mendes, comungando da mesma inquietude, afirmou que é preciso haver prova do dolo, mas ressaltou que, já que essa só é possível mediante confissão, a situação precária do PT, na época dos fatos, deveria ser tida por evidência da origem do dinheiro, sob pena de deixar aberta a porta para a impunidade.

Não é só no meio jurídico e empresarial que essa teoria adotada pelo

STF, no Acórdão da Ação Penal nº 470, causa receio. O mundo financeiro também se viu sobressaltado diante da nova perspectiva, que aumenta as chances de condenação dos acusados de lavagem de dinheiro, em função de uma maior amplitude em relação à responsabilidade penal de executivos de bancos que agora, em tese, podem ser punidos por omissão, se faltarem com o “dever de cuidado”, deixando de cumprir regras a ele relacionadas. Isso faz com que os bancos tenham aumentados tanto os riscos, quanto os custos. Nesse passo, o julgamento do mensalão foi visto por muitos como maléfico para a sociedade, uma vez que priorizou o alcance de solução política, em detrimento de importantes regras de direito, dando ensejo a perigoso precedente. Na prática, isso poderia prejudicar certas instituições que teriam dificuldade em abrir contas bancárias, como as igrejas, por exemplo, já que não valeria a pena a assunção do risco de ter responsabilizado penalmente um diretor de estabelecimento bancário, sendo mais prudente selecionar os possíveis clientes a partir de critérios mais rigorosos.

Concluindo, pode-se dizer que o delito da lavagem de dinheiro, crime multifacetado que é, vem crescendo e ganhando dimensões sempre maiores e mais complexas, principalmente em função das novas técnicas, tanto para perpetrá-lo, quanto para trampolinear seu controle e sua punição. O desenvolvimento por ele alcançado torna necessária a cooperação internacional entre as nações, em prol de um combate efetivo. Essa necessidade explica as inovações legais e jurisprudenciais, porém nada justifica o abandono dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico. Os valores constitucionalmente acolhidos precisam ser respeitados. O mesmo se diga das normas caras ao direito penal. Aplaudam-se as conquistas que nos libertam desses criminosos sorruteiros, mas que elas não acabem por, pouco e pouco, nos levar à luta pela reconquista de direitos e garantias fundamentais.

### **Referências bibliográficas**

<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/4/26/a-inovacao-da-cegueira-deliberada-pelo-supremo>

<http://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina268-alguns-apontamentos-nova-lei-lavagem-dinheiro.pdf>

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8425](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8425)

<http://www.conjur.com.br/2013-jun-06/stj-ordena-google-quebre-sigilo-mails-guardados-eua>